

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **Le constat d'adultère pro deo et le trou de la serrure, ou l'assistance judiciaire à la recherche de l'égalité véritable**

Fierens, Jacques

*Published in:*

Divorce. Actualité juridique, sociale et fiscale

*Publication date:*

1995

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Fierens, J 1995, 'Le constat d'adultère pro deo et le trou de la serrure, ou l'assistance judiciaire à la recherche de l'égalité véritable: note sous Prés. Civ. Charleroi 6 mars 1995', *Divorce. Actualité juridique, sociale et fiscale*, p. 119-122.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

constat;

Attendu que nonobstant cette décision, l'officier ministériel désigné, maintenant son point de vue, envisagea de procéder au constat sans l'aide d'un serrurier, ce à quoi s'opposa le conseil du demandeur;

Que le délai imparti expirant le 6 mars 1995, la présente requête fut déposée en vue d'obtenir la prolongation du délai et la précision que l'intervention du serrurier constituait bien un acte d'exécution du constat;

Attendu que le service public de la justice doit être accessible à tous les justiciables quel que soit son état de fortune;

Que les articles 664 à 694 concourent à cet objectif en organisant au profit des plus déshérités le même accès à la justice que les plus nantis, avec les mêmes droits et les mêmes garanties;

Attendu qu'aux termes de l'article 664 du Code judiciaire l'assistance judiciaire consiste à dispenser, en tout ou en partie, ceux qui ne disposent pas des revenus nécessaires pour faire face aux frais d'une procédure, *même extra judiciaire*, de payer les droits de timbre, d'enregistrement, de greffe et d'expédition et les autres dépens qu'elle entraîne. Elle assure ainsi aux intéressés la gratuité du ministère des officiers publics et ministériels dans les conditions déterminées par les articles 665 à 694 du Code judiciaire;

Que l'article 665 du Code judiciaire, conçu en termes généraux, admet à la gratuité tous les actes qui sont le préliminaire nécessaire d'une procédure tel en fait le constat d'adultère préalable à la procédure en divorce;

Qu'il en est de même pour les accessoires à ces procédures (p. ex. le recours à un serrurier) à peine de rompre le principe égalitaire consacré par la Constitution et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme;

Que les effets de l'assistance judiciaire ne se limitent d'ailleurs pas aux seuls huissiers de justice, puisque celle-ci assure à l'indigent outre l'avance des frais de justice, notamment l'intervention des notaires et avocats;

Attendu que les officiers ministériels désignés afin de prêter leur ministère à ceux qui bénéficient de l'assistance sont tenus de remplir les devoirs dont ils sont chargés avec le zèle et l'exactitude qu'ils doivent apporter à toutes les procédures dont ils sont chargés (*R.P.D.B.*, Complément III, *verbo* Assistance judiciaire n° 111);

Qu'ils ont droit au remboursement à charge de l'Etat des sommes qu'ils ont effectivement décaissées (*ibid.*, n° 112);

Que l'huissier R. ne se targue d'ailleurs pas avoir essuyé un refus de taxation d'une facture de serrurier

jointe à un état relatif à un constat d'adultère;

Attendu que subordonner la bonne exécution d'un constat d'adultère (avec prises des précautions habituelles) au versement d'une provision pour une personne reconnue judiciairement indigente constitue une mesure discriminatoire contraire à la loi, puisque fondée sur l'état de fortune;

Attendu que la requête de Monsieur L. est donc recevable et fondée;

Qu'en égard au retard apporté à l'exécution de l'ordonnance précédente, il échet d'imposer à l'huissier un délai d'un mois pour procéder au constat;

Par ces motifs

(...)

Vu les articles 664 à 699 et 1016bis du Code judiciaire

Confirmons la désignation de Monsieur R. (...) qui prêtera gratuitement son ministère pour procéder (...) aux constatations nécessaires pouvant révéler l'adultère de Madame S.;

Lui permettons au besoin de pénétrer en ces lieux accompagné d'un officier ou d'un agent de police judiciaire;

Confirmons à nouveau que le bénéfice de l'assistance s'étend à tous les actes d'exécution nécessaires audit constat, ainsi qu'à ses accessoires tel le recours à un serrurier;

Fixons à un mois à dater de la présente ordonnance, le délai endéans lequel ces constatations devront être faites.

(...)

6 mars 1995, Prés. Trib. civ. Charleroi

Siég.: M. Lacroix

### **Note – Le constat d'adultère *pro deo* et le trou de la serrure, ou l'assistance judiciaire à la recherche de l'égalité véritable**

1. On sent poindre l'agacement dans l'ordonnance rendue en matière d'assistance judiciaire le 6 mars 1995 par le Président du tribunal de première instance de Charleroi.

Une première décision avait été rendue le 6 janvier 1995, désignant un huissier de justice pour prêter gratuitement son ministère dans le cadre d'un constat d'adultère. On peut supposer des réticences dans le chef de l'officier ministériel, pour des raisons qui ne sont pas précisées et qu'il vaut peut-être mieux ne pas connaître. Il

ne doit pas toujours être enthousiasmant de se lever dès potron-minet pour établir les désillusions conjugales d'un mari, mais la sonnerie du réveil doit manifestement se faire encore plus insistante si l'infortuné justiciable (dans tous les sens du mot) ne rétribue pas lui-même l'huissier et si le salaire de ce dernier est réduit de trois quarts (cf. C.jud., art. 692). Était-ce pour temporiser? L'huissier réclama 5.000 FB. de provision pour couvrir les frais éventuels de serrurier.

Une deuxième ordonnance précise le 7 février 1995 que l'assistance couvre tous les actes d'exécution nécessaires au constat. L'huissier désigné a cependant la tête dure et propose alors, nonobstant cette nouvelle décision, de procéder au constat sans l'aide d'un serrurier.

Le requérant s'obstine davantage et le Président du tribunal de première instance est saisi une troisième fois. D'une part, le délai imparti pour procéder au constat expire le jour même où l'ordonnance est rendue, et il y a lieu de le prolonger. D'autre part, le requérant souhaite entendre confirmer que le bénéfice de l'assistance judiciaire s'étend à l'intervention du serrurier. Une troisième ordonnance fait droit à cette double demande, confirmant par ailleurs la désignation de l'huissier pour prêter gratuitement son ministère.

2. On peut se demander s'il appartenait au Président de statuer comme il l'a fait dans ses deuxième et troisième ordonnances, qui, semble-t-il, ne font qu'interpréter et confirmer la première, sauf ce qui concerne la prolongation du délai. La dernière décision dit d'ailleurs elle-même que la deuxième "explicitait" la première.

Le Président avait été valablement saisi de la demande originaire d'assistance judiciaire sur pied de l'article 673 du Code judiciaire. L'urgence visée par cette disposition doit être comprise au sens large et inclut tous les cas où la contradiction de la procédure doit être exclue pour des raisons d'efficacité (cf. Ch. PANIER, obs. sous C.A., 19 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 116). C'est donc à tort que certaines juridictions présidentielles estiment que la demande d'assistance judiciaire en matière de constat d'adultère doit être portée devant le bureau du tribunal de première instance (*ibidem*, obs. compl., p. 324).

Le problème posé par l'inertie et les exigences injustifiées de l'huissier concernait toutefois l'exécution de la première décision. Fallait-il demander au Président d'en préciser la portée? En cas d'obscurité ou d'ambiguïté de l'ordonnance, ne convenait-il pas d'envisager plutôt une procédure en interprétation (C.jud., art. 793 et s.), ce qui impliquait entre autres l'expiration des délais d'appel ou de cassation (C.jud., art. 798, al. 2)?

D'autres moyens existaient face aux réticences de l'huissier: ainsi, le requérant aurait pu songer à saisir les autorités disciplinaires de l'officier ministériel, ou encore à interpeller le procureur du Roi. L'obligation d'instrumenter peut en effet être assurée par le ministère public (C.jud., art. 139; cf. G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires. Introduction au droit judiciaire privé*, Liège, 2<sup>e</sup> éd., 1993, p. 407, n° 295). La responsabilité professionnelle de l'huissier aurait pu être mise en cause. Une astreinte aurait pu être demandée contre lui.

3. La mauvaise volonté de l'huissier, l'obstination du requérant et le courroux présidentiel permettent cependant de rappeler quelques règles relatives à l'assistance judiciaire et de proposer quelques réflexions plus larges en matière d'égalité entre justiciables dépourvus de moyens financiers suffisants et justiciables mieux nantis.

Comme le rappelle pertinemment le Président du tribunal de première instance de Charleroi, l'assistance vise aussi, aux termes de l'article 664 du Code judiciaire, les procédures extrajudiciaires, et concerne globalement l'ensemble des dépens. L'article 665 précise que l'assistance judiciaire est notamment applicable "aux actes relatifs à l'exécution des jugements et arrêts", et donc aussi à l'exécution d'une ordonnance désignant un huissier pour procéder aux constatations révélant l'adultère. Il n'est pas contesté par ailleurs que ces constatations peuvent impliquer en toute légalité l'ouverture des portes par un serrurier. Les frais ainsi engagés font partie des dépens s'ils ne sont pas frustratoires (cf. J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les personnes", *R.C.J.B.*, 1993, n° 99, pp. 379-380 et les références).

4. Contrairement à ce que l'ordonnance précise ailleurs, cependant, s'il est vrai que l'assistance

judiciaire ne concerne pas seulement l'intervention des huissiers de justice, elle ne vise pas celle des avocats. Cette dernière n'entre pas dans le champ d'application de l'article 664 du Code judiciaire. Elle est régie par les articles 455 et 455bis du même code et ne constitue pas l'assistance judiciaire *stricto sensu*. On peut d'ailleurs déplorer la dualité des procédures visant à obtenir l'assistance d'un avocat, d'une part, la dispense totale ou partielle des frais de procédure, d'autre part. Si l'on simplifiait enfin la vie des justiciables quand c'est possible? Dans la foulée, et à propos de simplification, supprimons l'"attestation d'indigence" rendue obligatoire par l'article 676, 3° du Code judiciaire: elle est humiliante, inutile (le certificat relatif aux revenus suffit), et ne constitue qu'une démarche supplémentaire.

5. L'ordonnance publiée, après le rappel des faits et des procédures antérieures, fait allusion à la *ratio legis* des articles 664 à 694 du Code judiciaire en évoquant l'accès au service public de la justice de "tous les justiciables", y compris les "plus déshérités": "même accès (...), mêmes droits (...), mêmes garanties". C'est bien le principe d'égalité qui est en cause, comme rappelé quelques attendus plus bas. Ce principe, on le sait, est consacré par l'article 10 de la Constitution. Il n'est pas explicitement consacré par la Convention européenne des droits de l'homme, quoi que laisse entendre la décision commentée (comp. art. 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques), bien qu'il soit indissociable du principe de non-discrimination (art. 14 de la Convention). L'égalité en droit doit par ailleurs être considérée comme un principe général de notre système juridique (voy. aussi art. 1<sup>er</sup> de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et art. 1<sup>er</sup> de la Déclaration universelle des droits de l'homme). Était-il inutile de rappeler ces principes? Y aurait-il là une quelconque grandiloquence déplacée? Certes non. Le Président du tribunal de première instance de Charleroi sait que les règles les plus fondamentales et les plus affirmées sont surtout menacées au quotidien, par la routine, les mauvaises habitudes, les inerties ordinaires, ... somme toute par les incidents qui peuvent émailler un banal constat d'adultère.

6. Plus généralement, d'autres difficultés étaient déjà apparues dans le cadre des demandes d'assistance judiciaire relatives au constat d'adultère, qui mettaient en cause les principes d'égalité

et de non-discrimination. Ainsi la Cour d'arbitrage avait-elle dit pour droit que l'article 675, alinéas 3 et 4 du Code judiciaire suivant lequel le défendeur est invité à comparaître et comparaît ainsi qu'il est dit à l'article 728 du Code judiciaire viole les articles 6 et 6bis de la Constitution (actuellement 10 et 11) dans la mesure où il s'applique à la demande d'un justiciable qui postule le bénéfice de l'assistance judiciaire pour faire procéder au constat d'adultère prévu à l'article 1016bis du Code judiciaire (C.A., 19 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 110 et obs. Ch. PANIER). Dans ses observations, M. PANIER souligne qu'il est douteux que la procédure contradictoire des articles 670 à 675 du Code judiciaire soit applicable à la demande d'assistance judiciaire en matière de constat d'adultère. L'annotateur indique cependant que l'arrêt repose une fois de plus la question de "l'égalité fictive", et remet à juste titre en cause d'autres aspects du système d'assistance. A quand une égalité effective entre les justiciables infortunés et les autres?

7. L'assistance judiciaire, récemment, a encore permis d'autres intéressants progrès de la notion d'égalité devant la loi. Dans un arrêt du 27 janvier 1994, la Cour d'arbitrage avait dégagé la notion d'inégalité visant l'égalité: "L'on peut certes admettre que dans certaines circonstances des inégalités ne soient pas inconciliables avec le principe d'égalité et l'interdiction de discrimination, lorsqu'elles visent précisément à remédier à une inégalité existante. Encore faut-il, pour que de telles inégalités correctrices soient compatibles avec le principe d'égalité et l'interdiction de discrimination, qu'elles soient appliquées dans les seuls cas où une inégalité manifeste est constatée, que la disparition de cette inégalité soit désignée par le législateur comme un objectif à promouvoir, que les mesures soient de nature temporaire, étant destinées à disparaître dès que l'objectif visé par le législateur est atteint, et qu'elles ne restreignent pas inutilement les droits d'autrui." (*J.L.M.B.*, 1994, p. 1382 et obs. B. RENAULD). Le 2 mars 1995, la cour statue sur question préjudicielle dans le cadre d'un vieux problème: celui de la délivrance de copies de dossiers répressifs aux personnes sans moyens suffisants, poursuivies devant les juridictions pénales (sur cette question, cf. Liège, 26 septembre 1985, *Jurisprudence de Liège*, 1985, p. 586, obs. J.H.; Cass. 18 décembre 1985, *Pas.* 1986, I, p. 508; *Journ. proc.*, n° 79, 21 février 1986, p. 28, note J.-M.

DERMAGNE; Liège, 21 mai 1993, *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, p. 905). La haute juridiction souligne que les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination "s'opposent (...) à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes" (*Journ. proc.*, n° 279, 17 mars 1995, p. 28 et obs. C. MAILLEUX). Raison pour laquelle le refus de délivrer copie du dossier répressif sous le bénéfice de l'assistance judiciaire à un prévenu ou une partie civile qui ne disposent pas des moyens financiers suffisants pour acquitter les droits de greffe est jugé inconstitutionnel.

La Cour d'arbitrage légitime donc ce qu'on peut appeler les "discriminations positives" ou les "actions positives". La seconde expression est sans doute préférable: la notion de discrimination implique en elle-même l'idée d'une différence non raisonnablement justifiée. Ce n'est pas le lieu ici de commenter chacune des conditions de l'action positive énoncées par la Cour. Epinglons-en toutefois une: celle qui impose que la mesure inégalitaire destinée à restaurer l'égalité soit par essence temporaire. L'effort de réduction des inégalités de fait risque en effet souvent de créer un véritable statut juridique de la pauvreté en accordant des droits "spéciaux" aux pauvres, ce qui implique d'ailleurs une périlleuse définition de la pauvreté. Une telle dérive existe en matière d'aide sociale lorsque par exemple le statut de bénéficiaire du minimum de moyens d'existence ou le fait d'être sans logis entraîne des avantages particuliers, au point que l'on peut se demander s'il ne vaut pas mieux demeurer "minimexé" ou à la rue ... Prévoir des mesures d'actions positives nécessairement limitées dans le temps constitue sans doute une partie de la réponse.

8. Décidément, l'assistance judiciaire est un terrain sur lequel se joue la mise en œuvre des principes les plus fondamentaux de notre droit. A quand une remise en question tant attendue de l'ensemble du système?

Jacques Fierens

Avocat

Chargé de cours aux F.U.N.D.P. de Namur

## Divorce par consentement mutuel – Modification de la contribution alimentaire – Non-application automatique de la délégation de sommes

– La convention préalable à divorce par consentement mutuel conclue sur la contribution respective à l'entretien et à l'éducation des enfants ne peut être modifiée que lorsqu'il est établi que l'un des parents, eu égard à ses ressources et à ladite contribution, se trouve dans l'impossibilité d'assurer aux enfants dont il a la garde, l'entretien et l'éducation nécessaires.

– La délégation de sommes ne peut être accordée d'office par le juge, mais seulement à la demande de la partie intéressée.

Cour de cassation, 1<sup>re</sup> Chambre

24 mars 1994

(...)

Vu le jugement attaqué, rendu le 19 novembre 1992 par le tribunal de première instance de Liège, statuant en degré d'appel; (...)

Sur le premier moyen:

Attendu que le jugement attaqué constate que la convention préalable au divorce par consentement mutuel conclue par les parties stipule que le montant de la pension due par le demandeur pour l'entretien des enfants communs doit être "indexé par référence à la fois à l'indice des prix à la consommation et aux revenus du débiteur";

Attendu que le demandeur fait grief au jugement attaqué d'avoir modifié cette clause d'indexation;

Attendu qu'en cas de divorce par consentement mutuel la convention préalable conclue entre les époux sur leur contribution respective à l'entretien et à l'éducation des enfants ne peut être modifiée que lorsqu'il est établi que l'un des parents, eu égard à ses ressources et à ladite contribution, se trouve dans l'impossibilité d'assurer aux enfants dont il a la garde, l'entretien et l'éducation nécessaires;

Attendu qu'en modifiant la clause d'indexation prévue en cette convention aux motifs "qu'il y a lieu d'appliquer la jurisprudence habituelle en la matière (...), les antécédents établissant en outre que dans le cas d'espèce la clause conventionnelle est de nature à provoquer des quiproquos et incidents contraires à la sérénité des parties et à l'intérêt des enfants", le jugement attaqué ne justifie pas légalement sa décision;